

Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XIV.

Ueber Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen und wegen verhängter Strafen.

Von Wächter.

Viele Werke über das heutige gemeine Civilrecht geben da, wo das Criminalrecht in das Civilrecht hinüberwirkt, nicht immer heutiges gemeines Recht, sondern statt dessen bisweilen Sätze, bei welchen nicht abzusehen ist, wie sie in einer Darstellung des Rechts, das jetzt noch gilt, oder bei Auflösung des Deutschen Reiches als gemeines Recht gegolten hat, im dogmatischen Style vorgetragen werden können. Es wird dabei öfters das, was die bestimmteste Praxis festgestellt hat, nicht beachtet, selbst nicht von Solchen, welche diese Praxis auch zu den Quellen des Rechts rechnen und das, jedenfalls unabweisliche, Factum der Praxis mit in ihre Darstellung ziehen; es scheint aber auch sogar, wenn ich nicht irre, bisweilen Das nicht beachtet, oder nicht in der rechten Weise gegeben zu werden, was nach dem Inhalte der geschriebenen Quellen als gemeines Recht nachgewiesen werden kann, indem man zu häufig dem Buchstaben des Römischen oder Canonischen Rechtes folgt, ohne die Aenderungen zu beachten, welche diese Rechte durch die gemeinrechtlichen Deutschen Quellen erlitten haben. Für das eben Gesagte dürfte namentlich die Lehre von der Fähigkeit, einen letzten Willen zu errichten und die von der Erbfähigkeit manche Belege an die Hand geben. Ich suchte hierauf in dieser letztern speziellen Beziehung an einigen Stellen meines Lehrbuches des Strafrechts und schon früher einmal in einer Recension über Schweppe's Privatrecht in den Heidelberger Jahrbüchern aufmerksam zu machen. Es dürfte aber wohl nicht ganz ohne Interesse seyn, noch einmal diese Punkte zur

Sprache zu bringen, um so mehr, als die neueste Abhandlung über diesen Gegenstand [1]) zwar Manches hierin berichtigt, aber den Gegenstand doch nicht ganz erschöpft [2]), und auch Einiges enthält, was manche Einwendungen zulassen wird.

Die Testirunfähigkeit, welche nach heutigem gemeinen Rechte wegen begangener unerlaubter Handlungen und wegen verhängter Strafen eintreten soll, stützt man meist auf Stellen des Römischen, in Einem Falle auf Stellen des Canonischen Rechts. Die Fälle, in welchen hiernach zur Strafe oder in Folge einer erlittenen Strafe nach der gewöhnlichen Meinung Testirunfähigkeit eintreten soll, sind Folgende:

I. *Usurarii manifesti* oder, wie man es, soviel ich finde, überall, aber wohl unrichtig übersetzt: notorische oder offenbare Zinswucherer, sollen durch In 6to V. 5. (de usuris) cap. 2. für testirunfähig erklärt, und hiernach auch jetzt noch nach gemeinem Rechte testirunfähig seyn [3]).

---

1) A. A. v. Buchholtz Juristische Abhandlungen a. d. Gebiete des heutigen Röm. Rechts. Königsb. 1833. Nr. V. „Wem ist zur Strafe die testamenti factio entzogen und Wer heißt intestabilis?“

2) Namentlich nimmt v. Buchholtz auf die Quellen des gemeinen Deutschen Rechts, welche das Röm. Recht unmittelbar modificiren, keine Rücksicht, was doch wohl in Abhandlungen über das heutige röm. Recht geschehen sollte.

3) So behaupten es u. A. Hofacker princ. jur. Rom. Germ. §. 1255. Chr. Aug. Günther princ. jur. Rom. §. 717. Zimmern Grundr. des gemeinen in Deutschland geltenden Erbr. Heid. 1825. im Anhange S. 55. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilr. §. 442. Seuffert Lehrb. des praktischen Pandektenrechts. Würzb. 1825. §. 522. G. F. Puchta Syst. des gem. Civilr. Münch. 1832. S. 264 (s. Not. 4.). Schweppe das Röm. Privatrecht in s. heutigen Anwendung. IVte Ausg. Fortgesetzt v. Wilh. Mejer. B. V. Gött. 1833. §. 787. Mackeldey Lehrb. des heutigen Röm. Rechts. Xte Afl. 1833. § 636. Thibaut Pandektenr. VIIIte Ausg. 1834. §. 948. Der gleichen Ansicht

Jedenfalls ist diese Angabe zu allgemein. Denn das cap. 2. cit. erklärt den letzten Willen derjenigen usurarii manifesti, welche im letzten Willen selbst die Restitution der bezogenen Zinsen anordneten, nicht für ungültig, wenn diese Restitution, soweit das Vermögen des usurarius reicht, bewerkstelligt oder deßhalb wenigstens Caution geleistet ist. Nur die testamenta usurariorum manifestorum *aliter facta* non valeant [4]). Auch geht aus dem Capitel hervor, daß der usurarius, welcher zu seinen Lebzeiten noch die gezogenen Zinsen restituirt oder deßhalb Sicherheit bestellt, gültig testiren kann.

Allein wenn man auch von diesem Punkte absieht, so enthält in dieser Hinsicht das Canonische Recht, vom Standpunkte des gemeinen Deutschen Rechtes aus, eine bloße Antiquität, indem sie sich auf unsern Zinsenwucher gar nicht beziehen lassen.

Es sind nämlich die usurarii manifesti des Canonischen Rechts durchaus nicht das, was wir unter Zinswucherer verstehen. Bekanntlich verbietet das Canonische Recht alles und jedes Zinsennehmen überhaupt. Wer überall Zinsen nimmt, sollte es auch nur ein halbes Procent seyn, ist usurarius oder Zinsennehmer, oder, wie er auch im Can. Rechte heißt, foenerator, und deßhalb spricht das Can. Recht nicht vom Ueberschreiten gewisser Zinsenmaaße,

---

sind auch frühere Schriftsteller, und so erklärt es sich, wie diese Ansicht in manche Particularrechte überging, z. B. in das Sächsische, welches bei gewissen Fällen des Wuchers die Testamente der Wucherer für ungültig erklärt, wenn nicht für Erstattung des Wuchers Sorge getragen ist. Codex August. I. 1125. Cont. Cod. August. I. 924.

4) Der einzige Schriftsteller, so viel ich finde, welcher auf diese Beschränkung hindeutet, ist Puchta, indem er a. a. O. unter den Gründen der Testirunfähigkeit anführt: „notorischer Zinswucher, wofern der Wucherer die gesetzwidrigen Zinsen nicht wieder erstattet.“ Indessen dürfte dadurch doch die Bestimmung des Canonischen Rechts nicht ganz genau ausgedrückt seyn.

nicht von unserm Zinswucher, sondern von *usurarum* crimen (Verbrechen des Zinsennehmens überhaupt) und erklärt dieß durch usuras s. foenus exercere, exigere, usurarum lucris intendere u. drgl. Die Deutschen Reichsgesetze aber erlauben ja das Zinsennehmen: ein usurarum crimen im Sinne des Can. Rechts gibt es nach ihnen nicht mehr, und usurarius manifestus darf man seyn (und ist bei uns Jeder, welcher Geld hat), und so muß auch das wegfallen, was das Can. Recht blos für sein usurarum crimen festsetzte.

Zwar möchte man einwenden, daß nun eben bei dem deutschrechtlichen Zinsenwucher, dem Zinsennehmen, soweit es nach Deutschem Recht unerlaubt sey, das einzutreten habe, was das Canonische Recht über sein usurarum crimen festsetzte. Allein dieser Einwand wird wohl dadurch schon völlig weggeräumt, daß ja das Deutsche Recht (s. R. P. O. v. 1577. Tit. XVII. §. 1—8. Tit. XIX. §. 2. 3. Tit. XX. §. 6.) für seinen Zinsenwucher ganz besondre ausführliche Strafbestimmungen enthält, so daß von einer Anwendbarkeit der Canonischen Strafbestimmungen hier nicht mehr die Rede seyn kann. Unter diesen Strafbestimmungen ist aber Testirunfähigkeit nicht enthalten, und so muß man nach gemeinem [5]) Rechte behaupten, daß der „notorische Zinswucherer" durchaus fähig ist, gültige letzte Willen zu errichten und zu hinterlassen.

II. Derjenige, gegen welchen eine Todesstrafe erkannt ist, oder wenigstens derjenige zum Tode Verurtheilte, welcher sein Vermögen in Folge einer Straffentenz verliert, soll ebenfalls testirunfähig seyn. Doch wird dieser Unfähigkeitsgrund von unsern Schriftstellern auf verschiedene Weise gefaßt.

1. Manche behaupten ohne alle Beschränkung, daß ein

---

5) Vergl. Note 3 a. E.

rechtskräftig zum Tode Verurtheilter testirunfähig sey. So z. B. Seuffert und Mackeldey [6]).

2. Andere stellen in dieser Hinsicht das Römische Recht und die Bestimmungen des Deutschen Criminalrechts über Vermögensconfiscation im Wesentlichen richtig dar, und geben so zu, daß die Verurtheilung in eine Capitalstrafe bei uns an sich die Testirfähigkeit nicht entziehe. Sie glauben aber, daß auch jetzt noch der zum Tode Verurtheilte dann unbedingt testirunfähig sey, wenn außer der Todesstrafe noch Vermögensconfiscation ausdrücklich gegen ihn verhängt werde. Dieß ist die Ansicht vieler Aelteren, und wohl der meisten Neueren. Namentlich wird sie von den meisten Criminalisten vertheidigt, und unter den Civilisten, z. B. von Hofacker, Günther, Zimmern, Wening-Ingenheim [7]), Glück [8]) und, wie es scheint, auch Mühlenbruch [9]).

3. v. Buchholz [10]) erklärt sich über diesen Punkt nicht mit gehöriger Genauigkeit. Er scheint anzunehmen, daß nach dem neuesten Röm. Rechte der zum Tode Verurtheilte deßhalb nicht testiren könne, weil er sein Vermögen verliere. Auf das Deutsche Recht aber nimmt er, wie auch Thibaut [11]), keine Rücksicht.

---

6) An den Note 3 angef. Orten.

7) An den in der Note 3 angef. Orten.

8) Erläuterung der Pandekt. B. XXXIV. S. 65—67.

9) Doctrina pandectar. ed. III. §. 640. Not. 13.

10) In den oben angef. jurist. Abhandl. S. 114. 115.

11) Denn auch Thibaut trägt die stillschweigende Römische Vermögensconfiscation, welche als Folge der Verurtheilung zum Tode eintrat, noch ganz in dogmatischer Sprache vor. Zwar führt er, Pandektenr. VIIIte Ausg. §. 948. (frühere Ausg. §. 797.), die zum Tode Verurtheilten blos in soferne als testirunfähig an, in so weit deren Vermögen confiscirt wird. Allein in der Note 1) nennt er es eine Ausnahme, daß die wegen Militärverbrechen zum Tode verurtheilten Soldaten beerbt werden können,

4. **Puchta** [12]) berührt die Vermögensconfiscation gar nicht. Dagegen führt er als Grund der Testirunfähigkeit an „*capitis deminutio magna*" und fügt bei: „deßhalb sind unfähig die zu einer Capitalstrafe rechtskräftig Verurtheilten. Diese Unfähigkeit der capite damnati ist heutzutage, da der Grund derselben weggefallen ist, als allgemeines Recht unanwendbar."

Diese Art, wie **Puchta** die Sache gibt, dürfte wohl auch die Richtigste seyn.

Nach Römischem Rechte nämlich, wie es in den Zeiten der kaiserlichen Monarchie bestand, ging durch Verurtheilung zu gewissen Strafen bald der status libertatis, bald der status civitatis verloren, der Erstere durch Verurtheilung zum Tode, zu metallum, zu opus metalli und ministerium metallicorum und zum ludus, der Letztere durch Verurtheilung zu opus publicum perpetuum, zu Deportation und durch aquae et ignis interdictio. So mußten daher auch diese Verurtheilungen Verlust der Testirfähigkeit rechtlich mit sich führen, weil in den ersteren Fällen Freiheit und Civität, in den letzteren wenigstens die Civität verloren ging. Zwar war auch Vermögensconfiscation eine stillschweigende Folge dieser Verurtheilungen, und bei denjenigen, welche die libertas verloren, sogar völlige Unfähigkeit zu **künftigem** Erwerbe, und selbst denen, welche blos die civitas verloren, nahm wenigstens bei ihrem Tode der Fiscus das inzwischen Erworbene, weil sie als solche Peregrini, die **keinem anderen Staate** angehören konnten, weder Intestaterben haben, noch Testamente errichten konnten [13]).

(was nur dann eine Ausnahme seyn kann, wenn man die stillschweigende Vermögensconfiscation bei der Verurtheilung zum Tode als Regel annimmt,) und im §. 868. (717.) sagt er: „Das Vermögen des Erblassers darf nicht confiscirt, **also derselbe nicht zum Tode verurtheilt gewesen seyn.**"

12) An dem Note 3 a. O.

13) S. unten Not. 17. 18.

Allein dieser Vermögensverlust wäre mehr nur ein factisches Hinderniß des Testirens gewesen; der rechtliche Grund der Testirunfähigkeit lag im Verluste des *status*, und so stellen auch die Römischen Quellen die Sache dar [14]). Dieß änderte sich auch nicht durch die Aenderungen, welche Justinian in Beziehung auf die Wirkungen der genannten Strafen traf. Nicht durch die theilweise Aufhebung der servitus poenae [15]) — denn diejenigen, welche bisher servi poenae wurden, verloren nun wenigstens noch das Bürgerrecht, und konnten als peregrini nicht testiren [16]) — noch durch die, in Nov. 134. zu Gunsten gewisser Angehörigen des Verbrechers eingeführten, Beschränkungen der Vermögensconfiscationen. Denn der Verbrecher verlor immer noch seinen Status, und so blieb die rechtliche Ursache der Testirunfähigkeit.

---

14) D. XXVIII. 3. (de injust. rupt.) l. 6. (Ulpian.) §. 6. „Si quis fuerit *capite* damnatus vel ad bestias vel ad gladium, vel alia poena, quae *vitam* adimit, testamentum ejus irritum fiet, et non tunc, quum consummatus est, sed quum sententiam passus est; *nam poenae servus efficitur;* nisi forte miles fuit ex militari delicto damnatus; nam huic permitti solet testari. §. 7. eod. Ejus, qui *deportatur*, non statim irritum fiet testamentum, sed quum Princeps factum comprobaverit; *tunc enim et capite minuitur*. §. 8. eod. Hi autem omnes, quorum testamenta irrita damnatione fieri diximus, si provocaverint, capite non minuuntur; atque *ideo* neque testamenta, quae antea fuerint, irrita fient, et tunc testari poterunt. D. XXXII. (de legat. 3) l. 1. §. 2. Hi, quibus aqua et igni interdictum est, item deportati, fideicommissum relinquere non possunt, quia nec testamenti faciendi jus habent, *cum sint* ἀπόλιδες. S. auch XXVIII. 1. (qui test. fac. poss.) l. 8. §. 1. XLVIII. 22. (de interd. et releg.) l. 7. §. 3.

15) Ob Justinian die servitus poenae ganz oder blos theilweise aufhob, ist bestritten. S. hierüber Glück Erläut. der Pandekt. B. XXXIV. S. 85 ff, zum Theil gegen Marezoll über die bürgerliche Ehre rc. S. 30 f.

16) Vgl. auch Marezoll a. a. O. S. 34 unt.

Nach Römischem Rechte muß man somit den berührten Unfähigkeitsgrund so ausdrücken: die in eine Capitalstrafe Verurtheilten verlieren die Testirfähigkeit, weil sie durch diese Verurtheilung den zum Testiren nach Römischem Rechte erforderlichen Status verlieren, und so fällt daher dieser Unfähigkeitsgrund, wie Puchta richtig darstellt, unter den der capitis deminutio magna.

Was nun das gemeine Deutsche Recht betrifft: so gestaltet sich hier die Sache ganz anders.

Verlust des status libertatis ist nach Deutschem Rechte nicht möglich, und der Verlust des Staatsbürgerrechts hat nach dem bei uns geltenden Rechte, wie allgemein anerkannt ist, keinen Einfluß auf die Testirfähigkeit. So kann daher die lebenslängliche Landesverweisung, wenn sie gleich das Bürgerrecht nimmt, doch nicht die Testirfähigkeit entziehen. Ebenso kann lebenslängliche Gefängniß-, Festungs- oder Zuchthausstrafe diese Fähigkeit nicht entziehen. Denn bei ihnen geht nicht einmal der status civitatis verloren, und ginge er auch verloren: so würde dieß doch auf Testirfähigkeit nichts wirken. Ganz das Gleiche endlich gilt auch bei der Verurtheilung zum Tode. Nur die Verhängung der Oberacht entzog die Testirfähigkeit, weil, wie die durch Gesetze und Gewohnheit festgestellten und durch die Gerichte ausgesprochenen Achtsformeln aufs Bestimmteste zeigen, durch die Acht alle bürgerlichen Rechte, und somit auch die Fähigkeit, irgend ein Rechtsgeschäft zu errichten, verloren gingen. Allein von dieser Acht kann man jetzt nicht mehr in dogmamatischer Form sprechen, da sie längst aus der Deutschen Praxis verschwunden ist.

Wie steht es aber nach Deutschem Rechte mit dem factischen Hindernisse des Testirens, der Vermögensconfiscation?

Wer zur Zeit der Errichtung des Testamentes nichts hat, weder actives Vermögen noch Schulden, ist deßhalb nicht testirunfähig. An sich hat er die Fähigkeit zu testiren,

und er kann auch ganz gültig einen letzten Willen nicht nur errichten, sondern auch hinterlassen, da er ja noch vor seinem Tode Etwas erwerben und Schulden contrahiren, und hiefür einen Erben bekommen kann. Auch können ihm vor seinem Tode noch Rechte, z. B. fremde Erbschaften, deferirt werden, die er nach Umständen auf seine Erben transmittiren kann. So hebt daher die Vermögensconfiscation an sich die Möglichkeit zu testiren, nicht einmal factisch auf.

Nun muß man aber zwei Fälle wohl unterscheiden:

a. Die Römischen stillschweigenden Vermögensconfiscationen waren die reine Folge einer erkannten und zu erleidenden Strafe, und zwar einer Strafe, die entweder das Leben nimmt, oder bis an den Tod dauert (denn metallum, opus metalli und ministerium metallicorum wurden gewöhnlich blos lebenslänglich erkannt, und entzogen nur in diesem Falle das Vermögen; ebenso zog nur opus publicum *perpetuum* Verlust des Vermögens nach sich, und die Deportation wurde immer auf die Lebensdauer verfügt). Bei den servis poenae verstand es sich nun von selbst, daß sie nichts mehr erwerben konnten; bei ihnen konnte daher von künftigem Vermögen gar nicht die Rede seyn. Diejenigen dagegen, welche, wie z. B. die Deportirten, blos die civitas verloren, konnten allerdings nach geschehener Verurtheilung und verhängter Vermögensconfiscation wieder Vermögen erwerben. Denn an sich erstreckt sich die Vermögensconfiscation nur auf das Vermögen, das der Verbrecher zur Zeit der Verurtheilung hatte, und da der Deportirte blos *Peregrinus* wurde, also rechtsfähig blieb: so konnte er wenigstens nach den Grundsätzen des jus gentium neue Erwerbungen machen [17]). Allein testiren konnte er

17) D. XVII. 1. (Mand.) l. 22. §. 5. Is, cujus bona publicata sunt, mandare alicui potest, ut ea emat, et si emerit, utilis erit mandati actio, si non praestet fidem; quod ideo receptum est, quia publicatis bonis quidquid postea adquiritur,

doch nicht über dieses Vermögen. Denn er konnte nicht nach Römerrechte testiren, weil er Peregrinus war; er konnte aber auch nicht nach dem Rechte eines andern Staates testiren, weil seine bis an den Tod dauernde Freiheitsstrafe ihn hinderte, Bürger eines andern Staates zu werden. Aus diesen, wieder im *Status* liegenden, Gründen konnte er auch nicht ab intestato beerbt werden, und so nahm ihm auch das später Erworbene bei seinem Tode der Fiscus weg [18].

Ganz anders aber wird dieß wieder nach Deutschem Rechte. Das gemeine Deutsche Recht hebt alle stillschweigenden Vermögensconfiscationen auf [19]. Der zum Tode oder zu lebenslänglichem Zuchthause Verurtheilte behält also sein Vermögen, und behält die Erwerbfähigkeit bis an seinen Tod, und es liegt somit bei ihm auch gar kein factisches Hinderniß des Testirens vor. Er kann daher ohne allen Anstand testiren. Nun kann aber allerdings

---

non sequitur fiscum. Daß dieß nicht blos, wie die Meisten (u. A. auch Cujacius und Matthaeus) meinen, auf ausdrückliche Vermögensconfiscationen zu beziehen sey, ergibt sich nicht blos aus einigen legibus restitutis. welche Marezoll anführt (D. XLVIII. 22. de interdict et releg. l. 14 §. 3. l. 15.), sondern auch aus D. XXXII. (de legat. 2.) l. 7. §. 1. Si *miles deportato* fideicommissum reliquerit, verius est, quod et Marcellus probat, capere eum posse.

18) C. IX. 49. (de bon, proscriptor.) const. 2. (Antonin.) Deportati nec eorum quidem rerum, quas post poenam irrogatam habuerint, heredem habere possunt, sed et hae publicabuntur. D. XLVIII 20. (de bon. damn.) l. 7. §. 5. (restitut.) Post condemnationem adquisita, si is, cujus bona publicata sunt, relegatus sit, ad heredes ejus pertinent testamento scriptos, vel ad heredes ab intestato; nam relegatus in insulam testamenti factionem habet, sicut reliqua jura, quodsi *deportatus* sit, *quia civitatem amisit*, heredem habere non potest, et adquisita fiscus accipit. S. vorzüglich Marezoll über die bürgerliche Ehre ꝛc. S. 72—76.

19) P. G. O. Art. 135. 218. Vergl. über den Art. 135. meine Ausführung im neuen Archiv des Crim. Rechts. B. X. S. 641 f.

b. ihm doch sein Vermögen confiscirt werden, weil sein Verbrechen ein solches ist, auf welchem ausdrücklich Vermögensconfiscation steht, und nun diese Confiscation speziell gegen ihn erkannt wird. Allein diese hindert ihn nicht, zu testiren. Solche ausdrückliche Confiscationen entziehen jedenfalls nur das Vermögen, das der Verbrecher zur Zeit der ausgesprochenen Sentenz hatte: die Erwerbfähigkeit verliert er dadurch nicht, und er kann somit vor seinem Tode noch Vermögen erwerben [20]). Denn wenn auch die anderweite Strafe, welche er noch zu erleiden hat, erst später exequirt wird, oder sie noch lange Zeit, etwa bis an seinen Tod, wie lebenslängliches Zuchthaus, dauert: so dauert doch die Vermögensconfiscation hier nicht fort, wie bei den stillschweigenden Römischen Confiscationen, welche in Folge des Verlustes des status civitatis eintraten, und welche nur deßhalb beim Tode des Verurtheilten in Hinsicht auf das nach der Verurtheilung Erworbene wiederholt wurden, weil der Verurtheilte als Peregrinus keinen Erben haben konnte [21]).

---

20) S. Note 17. Die ganze Frage ist freilich nunmehr nach den meisten deutschen Particularrechten, welche die Vermögensconfiscationen ganz aufgehoben haben, unpraktisch.

21) Man wird deßhalb auch Martin nicht beistimmen können, wenn Derselbe in s. Lehrbuche des Teutschen gemeinen Crim. Rechts 2te Ausg. §. 94. sagt, daß unter der Vermögensconfiscation begriffen sey „das Recht, den späteren Erwerb einzuziehen, welchen der Sträfling während seiner Strafzeit zu machen fähig bleibt und Gelegenheit erhält," eine Ansicht, welche auch Tittmann Handb. der Strafrechtsw. §. 77. aufstellt. Die Stellen, welche Martin anführt, sprechen blos vom servus poenae, welcher einen späteren Erwerb nicht machen konnte, und vom Deportatus, welcher blos deßhalb den späteren Erwerb an den Fiscus verlor, weil er als Peregrinus keinen Erben haben konnte. Beide Voraussetzungen fallen aber im Deutschen Rechte weg. Wollte man aber auch sogar annehmen, daß dem Deportirten nicht deßhalb, weil er als peregrinus starb, der spätere Erwerb confiscirt wurde: so

Wenn daher beinahe alle Civilisten und Criminalisten sagen, nach gemeinem Deutschen Rechte könne der **zum Tode Verurtheilte** nicht testiren, falls auch zugleich Vermögensconfiscation ausdrücklich über ihn verhängt sey: so dürfte dieß sich nicht vertheidigen lassen, da er über das, was er nach der Sentenz bis zur Execution etwa erwirbt, (ein Fall, der freilich selten vorkommen wird) wohl testiren kann. Jedenfalls dürften die, welche das Nichttestirenkönnen blos auf die zum Tode Verurtheilten beschränken, eine Inconsequenz begehen. Denn sie wenden hier eigentlich den Grundsatz an, den das Röm. Recht blos bei den stillschweigenden Vermögensconfiscationen, welche gegen die Deportirten verhängt werden, festsetzt, d. h. daß das Confisciren beim Tode des Verbrechers sich wiederholt, weil der Zustand, in welchen er durch die verhängte Strafe gesetzt wird, bis zu seinem Tode fortdauert, und so mußten sie daher auch behaupten, daß der zu **lebenslänglicher Freiheitsstrafe** Verurtheilte nicht testiren könne, wenn wegen seines Verbrechens auch Vermögensconfiscation gegen ihn erkannt wird.

So dürfte daher das Resultat nach **gemeinem** [22])

---

so bliebe für diese Confiscation nur noch **der** Grund übrig: daß die Confiscation bei Deportation und andern ähnlichen Strafen (opus publ. perp. ꝛc.) **lediglich eine stillschweigende** Folge der verhängten **Strafart** sey, die somit so lange dauern müsse, als diese Strafart dauere, also bis an den Tod. Allein auch diese Voraussetzung fällt in Deutschland ganz weg, da nach deutschem Rechte die Vermögensconfiscation niemals mehr eine stillschweigende Folge einer verhängten Strafart ist.

22) Die Frage war in Deutschland schon frühe bestritten, und manche Particularrechte suchten sie daher schon im XVIten Jahrhundert zu entscheiden. So sagen z. B. die **Sächsischen** Constitutionen von 1572. P. III. c. 6., daß über die Frage: „ob eines Mißtheters Testament, so er zuvor, nachdem er zum tode verurtheilt, auffgericht" die Schoppenstühle bisher ungleich gesprochen hätten, und sie

Rechte dahin gehen: daß (wenn man die antiquirte Acht ausnimmt) Verurtheilung zu einer gewissen Strafe niemals die testamenti factio activa entzieht, und daß auch eine verhängte Vermögensconfiscation selbst dem zum Tode Verurtheilten die Möglichkeit, nach gefälltem Urtheile bis an seinen Tod Erwerbungen für sich zu machen [23]), und somit die factische Möglichkeit, ein Testament zu errichten, nicht benimmt [24]).

Manche, wie z. B. Mackeldey, führen noch besonders

entscheiden sie dahin, daß die zum Tode Verurtheilten ganz frei und gültig letzten Willen sollen errichten können, ausgenommen, „wann die Uebelthäter nicht allein zum todte, sondern auch zur Confiscation aller jrer güter verdammet worden." Ganz auf dieselbe Weise wird die Sache von dem Würtembergischen Landrechte Th. III. Tit. 2. §. 9. entschieden.

23) Selbst aus letzten Willen kann er nach deutschem Rechte Erwerbungen machen, und es läßt sich nicht vertheidigen, wenn Mackeldey Lehrb. §. 608. und manche Andere die zum Tode Verurtheilten unter den Successionsunfähigen (nach heutigem Röm. Recht) anführen. Denn der Grund, aus welchem nach Röm. Recht ein zum Tode oder zu metallum oder deportatio, opus publicum perpetuum u. drgl. Verurtheilter aus letztem Willen nichts erwerben konnte (eine Ausnahme s. Note 12 a. E.), fällt ja bei uns ganz weg. Nach Particularrechten ist dieß zum Theil anders. So erklärt z. B. das Würtemberg. Landrecht die zum Tode Verurtheilten für unfähig, Andere zu beerben.

24) Wenn der Verbrecher starb, während der Prozeß in der Appellationsinstanz liegt: so soll nach der gewöhnlichen Ansicht unsrer Civilisten die Vermögensconfiscation nicht eintreten können. Man führt dafür an D. XXVIII. 1. (qui test. fac. poss.) l. 9. l. 13. §. 2. z. B. Thibaut Pandektenr. VIIIte Ausg. §. 948. Schweppe Röm. Privatr. §. 787. Allein es wird dabei übersehen, daß dieß nur bei den stillschweigenden Röm. Vermögensconfiscationen galt, welche als Folge des verlornen status eintreten, nicht aber bei denen, auf welche ausdrücklich erkannt wurde. C. IX. 6. (si reus vel accus.) const. 6. VII. 66. (si pend. appell.) const. 3. Marezoll über bürgerl. Ehre S. 48.

als testirunfähig „die Hochverräther und deren Söhne“ an, unter Berufung auf C. IX. 8. (ad l. Jul. maj.) const. 5 pr. §. 2. Auch diesen Punkt scheint v. Buchholtz a. a. O. nicht gehörig zu berichtigen. Die Söhne der Hochverräther werden nur für erbunfähig, nicht aber für testirunfähig in der angeführten Stelle erklärt, und die sonstigen Nachtheile, welche sie wegen des Verbrechens des Vaters treffen sollen, sind nicht der Art, daß sie die Testirfähigkeit benehmen könnten. Zwar meint v. Buchholtz [25], daß sie „als stets infame Personen“ intestabiles seyen. Allein sind denn Infame (der Infame ist ja stets infam, soferne ihm nicht Restitution oder Begnadigung ertheilt wird) als Solche testirunfähig? Was aber die Hochverräther selbst betrifft: so erklärt das Röm. Recht sie nirgends speciell für testirunfähig. Sie waren es, wie jeder andre Capitalverbrecher, nur in Folge der gegen sie erkannten Todesstrafe, welche für sie eine capitis deminutio herbeiführte. Jedoch galt bei ihnen allerdings in Einem Punkte etwas Besonderes, wodurch auch bei uns nach gemeinem Rechte eine Umstoßung ihrer letzten Willen bewirkt werden könnte. Dieses Besondere aber steht nicht in der const. 5 cit. Bei Capitalverbrechern gilt nämlich die Regel, daß, wenn sie vor der rechtskräftigen Verurtheilung sterben, ihr Tod die Verurtheilung abwendet, und alle Strafe unzulässig macht. In einem solchen Falle gelten daher auch die letzten Willen, welche sie hinterließen [26]). Der Hochverrath macht aber hievon eine Ausnahme wegen der damnata memoria des Hochverrä-

---

25) Jurist. Abhandl. rc. S. 126.

26) Mein Lehrb. des Strafr. Th. I. S. 274. Eine Ausnahme machte, wenn der auf der That Ergriffene oder wegen des Verbrechens bereits Angeklagte metu criminis sich selbst entleibte. Hierüber s. meine Revision der Lehre vom Selbstmorde im neuen Archiv des Crim. R. B. X. S. 95 ff.

thers [27]. Auch nach dem Tode konnte hier noch der Prozeß eingeleitet und Vermögensconfiscation erkannt werden [28]). Dieß gilt auch jetzt noch nach gemeinem Rechte, da der Hochverrath ein solches Verbrechen ist, auf welchem speciell Vermögensconfiscation steht; und da nun hier über den Todten Vermögensconfiscation verhängt werden kann: so folgt daraus, daß, wenn dieß geschieht, auch sein letzter Wille zusammenfallen muß.

III. Nach der gewöhnlichen Ansicht soll das Verbrechen des Incestes Testirunfähigkeit begründen. Doch wird auch hier die Sache auf verschiedene Weise näher bestimmt. Manche sagen: qui incestas *nuptias* contraxerunt, seyen testirunfähig, wie z. B. Hofacker. Die Meisten aber sprechen überhaupt von Solchen, welche „im Inceste leben" (also nicht blos von incestis *nuptiis*), erklären aber dieselben nicht unbedingt für testirunfähig, sondern sprechen ihnen nur in so weit die Testirfähigkeit ab, als sie andre Personen, außer gewissen Verwandten einsetzen wollen; so z. B. Seuffert, Zimmern, v. Wening-Ingenheim, Schweppe, Mackeldey an den in Note 3. angeführten Orten. Sie berufen sich dabei auf die const. 6. de incest. nupt., zum Theil auch auf Nov. 12. Mühlenbruch dagegen meint, die const. 6. cit. sey durch die Nov. 12. in soferne beschränkt worden, daß der Verbrecher zwar testiren könne, aber nur zu Gunsten seiner legitimen Kinder. Dagegen macht v. Buchholtz mit Recht darauf aufmerksam, daß die Nov. 12. beim Incest Verlust des Vermögens verhänge. Dabei meint er aber, es sey den Verbrechern die Fähigkeit späteren Erwerbes nicht abgesprochen; über diesen, glaubt er daher, können sie testiren, jedoch nur mit den Beschränkungen, welche

---

27) Ueber diese memoria damnata s. vorzüglich C. Schrader in seiner Ausgabe des Corpus Juris. T. I. S. 755. 756.

28) D. XLVIII. 4. (ad l. Jul. maj.) l. 11. XLVIII. 2. (de accusatt.) l. 20.

die const. 6. festsetze. Dieser Ansicht von v. Buchholtz tritt Thibaut in der neuesten Ausgabe des Pandektenrechts theilweise bei, indem er unter den Testirunfähigen anführt: „Leute, welche in einer incestuosen Verbindung leben, wenigstens in Ansehung dessen, was sie am Ende der Verbindung hatten."

Allein nach dem jetzigen gemeinen Rechte dürfte von diesen verschiedenen Ansichten keine zu vertheidigen seyn.

Die const. 6. cit. handelt blos von incestis *nuptiis*, nicht auch vom incestuosen stuprum (welches zur Zeit der const. 6. mit Deportatio, also einer Capitalstrafe bestraft worden zu seyn scheint). Für jene setzt sie allerdings fest, daß der Schuldige nur zu Gunsten gewisser Verwandten solle testiren können. In der Nov. 12. cap. 1 — 3. aber hebt Justinian die const. 6., so weit sie von den Strafen der incestae nuptiae handelt, ganz auf, so wie er sich auch in einer späteren Novelle (154) nicht mehr auf die const. 6., sondern blos auf die Nov. 12. bei der Bestrafung der incestae nuptiae beruft. Die Nov. 12. bestimmt, daß der Schuldige mit ἐξορια bestraft werden, und sein ganzes Vermögen zunächst an seine legitimen Descendenten, in Ermanglung derselben an den Fiscus verlieren soll. Nimmt man nun, was zunächst

a) das Römische Recht betrifft, das Wort ἐξορια mit Cujacius und einigen Anderen für Deportation, wofür auch die meisten Gründe sprechen [29]: so wäre dadurch die Strafe der incestae nuptiae gleichgestellt worden der Strafe des incestuosen Stuprums, und der Verbrecher könnte dann nach Römischem Rechte gar nicht testiren, selbst zu Gunsten gewisser Verwandten oder legitimer Kinder, weil er eine Capitalstrafe erleidet und peregrinus wird, also aus den unter Nr. II. ausgeführten Gründen. Nimmt man

29) S. mein Lehrb. des Strafr. B. II. S. 570. Auch läßt sich hiefür noch die (unglossirte) Nov. 154. anführen, in welcher Justinian die Strafe eine Capitalstrafe nennt.

aber den Ausdruck ἐξορία blos für Relegation: so ist das Resultat ein ganz anderes. Der Relegatus, dem sein Vermögen confiscirt wird, verliert — was wohl nicht bestritten ist und daher auch keiner weiteren Belege bedürfen wird — weder die Fähigkeit zu künftigem Erwerbe, noch die testamenti factio. Der wegen Incestes Verurtheilte kann daher, wenn man die letztere Auslegung annimmt, nach dem neuesten Röm. Rechte nur über dasjenige Vermögen nicht testiren, welches er zur Zeit der Verurtheilung hatte, über dasjenige dagegen, welches er nachher erwirbt, hat er durchaus Testirfähigkeit, und zwar ganz unbeschränkte. Denn die Beschränkungen, welche die const. 6 cit. festgesetzt hatte, sind offenbar für diesen Fall durch die Nov. 12. aufgehoben worden [30]). In der const. 6 nämlich sagen die Kaiser, der Verbrecher solle zwar sein Vermögen behalten (proprias, quam diu vixerit, teneat facultates); allein es solle dasselbe seinen Angehörigen gesichert werden durch Beschränkungen der Testirfähigkeit. In der Nov. 12. aber bestimmt Justinian: der Verbrecher solle sogleich sein ganzes Vermögen an gewisse Angehörige oder, wenn er solche nicht hat, an den Fiskus verlieren. So sorgt also Justinian für einen Theil der Angehörigen des Verbrechers noch mehr, als die const. 6.; für die übrigen Angehörigen, welche die const. 6. noch beachtet, will er nicht sorgen, sondern diesen den Fiskus vorziehen. Er hob also in dieser Hinsicht die const. 6. ganz auf (vergl. auch das transitorische Cap. 3.

---

30) Dieß scheint nun auch Thibaut Pandektenr. VIIIte Ausg. §. 947 anzunehmen. Nur wird es sich nicht rechtfertigen lassen, wenn er sagt, der Verbrecher sey testirunfähig in Ansehung des Vermögens, das er am Ende der Verbindung hatte. Denn die Vermögensconfiscation datirt sich von der Zeit der gefällten Sentenz an (s. oben Not. 17. 18. und Martin Lehrb. des Crim. R. §. 94. Heffter Lehrb. d. Crim. R. §. 138.), und diese kann, wenn nur die Verjährung gehörig unterbrochen wird. sehr lange erst nach getrennter Verbindung eintreten.

der Nov. 12.). Wie es dagegen mit dem späteren Erwerbe, den der Verbrecher nach verhängter Confiscation macht, gehen soll, darüber sagt Justinian gar nichts, und so müssen wir bei diesem die allgemeinen Grundsätze eintreten lassen, und können auf ihn nicht die antiquirte const. 6. anwenden, welche von einem solchen Punkte gar nicht spricht, und die Voraussetzungen der Nov. 12. — die vorangegangene Entziehung des Vermögens — gar nicht kennt.

Was nun aber b. das Deutsche Recht anbelangt: so muß man hier das geschriebene von der Praxis unterscheiden. Die Carolina verweis't bei der Bestrafung des Incestes lediglich auf das Römische Recht. Da nun aber nach Deutschem Rechte (s. oben Nr. II.) weder eine erkannte Freiheitsstrafe, noch eine verhängte Vermögensconfiscation die Testirfähigkeit entzieht: so ist es nach Deutschem Rechte in Beziehung auf Testirfähigkeit ganz gleichgültig, ob man ἐξορια in Nov. 12. mit Deportatio oder mit Relegatio übersetzen will. In beiden Fällen behält nach Deutschem Rechte der Verurtheilte freie Testamenti factio über das nach der Verurtheilung erworbene Vermögen.

Noch weiter aber geht hier die bestimmteste, mehr als hundertjährige Praxis. Wiewohl sie zum Theil die Strafe des Incestes verschärfte, und theils, weil sie das Röm. Recht mißverstand, theils auf Carpzov's Auctorität bei der Bestrafung des Incestes zum Theil Sächsisches Recht zur gemeinen Praxis erhob, und hiernach in manchen Fällen bis in die zweite Hälfte des XVIII. Jahrhunderts den Incest mit dem Tode bestrafte: so erkannte sie doch schon in früherer Zeit nicht leicht, und seit dem XVIII. Jahrhundert wohl niemals mehr auf Vermögensconfiscation.

IV. Nach der gewöhnlichen Meinung sollen ferner testirunfähig seyn Diejenigen, welche wegen Pasquills verurtheilt wurden [31]). Dieß ist zwar allerdings nach Römischem

31) Diese Ansicht herrscht durchaus in den civilistischen Werken. Nur

Rechte richtig [32]. Allein ob es auch noch nach gemeinem Deutschen Rechte gelte, dieß dürfte doch manchem Bedenken unterliegen. Die Carolina (Art. 110.) hebt die strafbarste Art des Pasquills, die s. g. Schmähschrift, besonders heraus und setzt für sie Strafen fest. Allein sie erwähnt dabei durchaus nicht der Testirunfähigkeit, und so dürfte jedenfalls anzunehmen seyn, daß, wer wegen eines libellus famosus (im Sinne der Carolina) verurtheilt wurde, nicht testirunfähig sey. Soll nun aber Derjenige testirunfähig seyn, welcher wegen des minder strafbaren Pasquills im engeren Sinne verurtheilt wurde? Dieß möchte doch wohl sehr zweifelhaft seyn, und deßhalb haben sich auch hier die meisten neueren Criminalisten, z. B. Meister, Grolman, Tittmann, Roßhirt und Heffter gegen die Testirunfähigkeit erklärt [33]. Auch wird man bestimmt sagen können, daß die Deutsche Praxis nicht annehme, ein wegen Pasquills (vielleicht nur zu einigen Thalern Geldstrafe) Verurtheilter könne einen letzten Willen nicht errichten.

V. Endlich werden gewöhnlich auch noch Ketzer und Apostaten für testirunfähig erklärt. Die Meisten führen sie ganz unbedingt unter den Testirunfähigen an. Zimmern

---

drückt man sich auch hier verschieden aus. Manche sprechen von Solchen, die als Pasquillanten verurtheilt sind, z. B. Seuffert, Schweppe und Puchta, Andere blos von „Pasquillanten", z. B. Zimmern, Thibaut und v. Buchholtz. Doch werden diese wohl auch der Meinung seyn, daß nur dann der Pasquillant testirunfähig sey, wenn ein Strafurtheil gegen ihn zu seinen Lebzeiten ausgesprochen wurde. Andere endlich, wie z. B. Mackeldey, sprechen von „muthwilligen Pasquillanten." Allein zu jedem Pasquill gehört dolus; einen besondern Muthwilligen aber fordert das Röm. Recht nicht zur Testirunfähigkeit wegen Pasquills.

32) D. XXVIII. 1. (qui test. fac. poss.) l. 18. §. 1. XLVII. 10. (de injur.) l. 5. §. 9. 10.

33) Martin und Feuerbach sind jedoch noch für dieselbe.

dagegen spricht nur von „allerley Ketzern", welche testirunfähig seyn sollen, und v. Buchholtz sucht zu zeigen, daß diese Strafe allerdings nur gewisse Ketzer und Apostaten treffe, und seitdem haben Einige, wie z. B. Thibaut und Mackeldey, ihre frühere unbedingte Behauptung in neueren Ausgaben beschränkt. Nur bei Puchta finde ich diese Classen von Personen unter den Testirunfähigen gar nicht aufgeführt. Dieß wohl auch mit Recht. Die Testirunfähigkeit, welche die Römischen Gesetze gegen diese Personen aussprechen, und welche eine Authentica Friderici sogar auf die receptatores, defensores et fautores haereticorum ausdehnt, gründet sich blos darauf, weil die Imperatoren die Ketzerei und Apostasie für ein schweres Verbrechen halten, und aus dem gleichen Grunde wurden diese Bestimmungen in manchen älteren Deutschen Particularrechten zum Theil wiederholt [34]. Allein ist denn die Ketzerei und Apostasie in unsrer Zeit noch ein Verbrechen? Kann man irgend sagen, daß sie nach gemeinem Rechte, im ganzen verflossenen Jahrhundert noch irgend als strafbar betrachtet worden? Sind nicht vielmehr durch anerkannte staatsrechtliche Principien und durch ein bestimmtes Gewohnheitsrecht diese Handlungen aus der Classe der Verbrechen ganz verschwunden, wie sie auch wirklich in unsern Strafrechtssystemen unter den Verbrechen nicht mehr aufgeführt werden? Muß man aber dieß zugeben: so muß man auch alles Dasjenige für unanwendbar erklären, was bei diesen Handlungen deßhalb in den Quellen festgesetzt ist, weil diese Quellen sie in die Reihe der Verbrechen gestellt hatten. Uebrigens sind auch Diejenigen, welche die Ketzer und Apostaten noch unter den Testirunfähigen aufführen, nicht ganz consequent. Denn das Römische Recht enthält noch manche andre, in das Privatrecht

---

34) So erklärt z. B. noch das Würt. Landrecht von 1610. für testirunfähig, „die mit verdampter Ketzerey vnd irriger Sekt des Widertauffs behafft vnd deren vberzeugt seyen."

einschlagende Bestimmungen zum Nachtheile dieser Personen, Bestimmungen aber, welche von Jenen beinahe durchaus mit Stillschweigen übergangen werden.

XV.

Ueber den einseitigen Rücktritt von dem Gesellschaftsvertrage.

Von Herrn Dr. Höpfner zu Leipzig.

(Beschluß des Aufsatzes No. X. im vorigen Hefte.)

Hier haben wir also eine politische Veranlassung, und es kann seyn, daß dieselbe im positiven Rechte auch dem Grundsatze, pactum ne abeatur, frustra esse, zum Theile unterliege, weßhalb wir der Bemerkung Romans §. 8. S. 18 beistimmen; allein hauptsächlich ist dieser Grundsatz im Naturrechte basirt, was sich von dem Grundsatze: pactum, ne omnino dividatur, non valere, nicht sagen läßt. Die Römer theilen offenbar diese Ansicht, denn sie behandeln nicht allein jene Grundsätze von einander getrennt, sondern sie unterscheiden auch das pactum, ne intra certum tempus dividatur, von dem pactum, ne omnino dividatur, keineswegs aber das pactum, ne intra certum tempus abeatur, von dem pactum, ne omnino abeatur [29]).

Sie opponiren — um von dieser Abschweifung zu unserm Hauptzwecke zurückzukehren — in fr. 65. §. 3. D. h. t. der Gesellschaftsauflösung durch mutuus dissensus: die renunciatio, sie erklären also, daß Letztere nur von dem Ein-

---

29) Roman behandelt §. 7. S. 15 f. das pactum, ne omnino abeatur, mit dem pactum, ne omnino dividatur, gleich.